

学校编码: 10384

分类号____密级____

学号: 13620081150840

UDC ____

厦门大学

硕士学位论文

公司发起人民事责任研究

A Study on Civil Liabilities of Company Promoters

陶福武

指导教师姓名: 朱炎生教授

专业名称: 法律硕士

论文提交日期: 2011年4月

论文答辩时间: 2011年 月

学位授予日期: 2011年 月

答辩委员会主席: _____

评阅人: _____

2011年4月

厦门大学学位论文原创性声明

本人呈交的学位论文是本人在导师指导下,独立完成的研究成果。本人在论文写作中参考其他个人或集体已经发表的研究成果,均在文中以适当方式明确标明,并符合法律规范和《厦门大学研究生学术活动规范(试行)》。

另外,该学位论文为()课题(组)的研究成果,获得()课题(组)经费或实验室的资助,在()实验室完成。(请在以上括号内填写课题或课题组负责人或实验室名称,未有此项声明内容的,可以不作特别声明。)

声明人(签名):

年 月 日

厦门大学学位论文著作权使用声明

本人同意厦门大学根据《中华人民共和国学位条例暂行实施办法》等规定保留和使用此学位论文，并向主管部门或其指定机构送交学位论文（包括纸质版和电子版），允许学位论文进入厦门大学图书馆及其数据库被查阅、借阅。本人同意厦门大学将学位论文加入全国博士、硕士学位论文共建单位数据库进行检索，将学位论文的标题和摘要汇编出版，采用影印、缩印或者其它方式合理复制学位论文。

本学位论文属于：

☐ 1. 经厦门大学保密委员会审查核定的保密学位论文，于 年 月 日解密，解密后适用上述授权。

☐ 2. 不保密，适用上述授权。

（请在以上相应括号内打“√”或填上相应内容。保密学位论文应是已经厦门大学保密委员会审定过的学位论文，未经厦门大学保密委员会审定的学位论文均为公开学位论文。此声明栏不填写的，默认为公开学位论文，均适用上述授权。）

声明人（签名）：

年 月 日

中文摘要

我国公司法第 77 条把发起人、资本、章程规定为股份有限公司成立的三大要素，可见发起人在公司设立过程中的重要性。我国现行公司法在发起人责任制度的规定上，如发起人概念的界定、资本充实责任和先公司合同责任等规定不够具体明确，存在一定的法律空白和缺陷。有的过于死板，缺乏英美法系的灵活性和实用性；有的不够具体明确，缺乏大陆法系的严谨性和操作性。随着我国市场化程度的深入进展，公司设立过程中出现的新情况会越来越多，为满足市场经济的健康发展和商事活动有序高效进行的需要，加强这一领域的研究就更加迫切。本文从发起人的概念和法律地位入手，通过探讨发起人民事责任的理论内涵，比较分析了主要国家发起人民事责任的具体形式，对如何完善我国发起人民事责任制度提出建设性意见。

本文共分为三章：

第一章是公司发起人及其责任的价值目标。该章比较分析了发起人概念和法律地位的几种不同学说，从公平、效率和秩序三个方面探讨了发起人民事责任的理论价值。

第二章是公司发起人的民事责任类型。该章根据公司发起人侵害权利的不同将发起人的民事责任分为契约责任和侵权责任。比较分析了国外的有关规定，并着重分析了发起人的资本充实责任和先公司合同责任。

第三章是我国公司发起人民事责任制度的完善。该章在前文综合分析的基础上，借鉴国外立法并综合考虑制度存在和作用的法制环境，对如何完善我国发起人民事责任制度提出建设性意见。

关键词：法律地位；侵权责任；契约责任

ABSTRACT

Article 77 of China's Company Law provides, promoters, capital and articles of association are three elements of Co., Ltd. Established. This reflects the importance in process of establishing the company. There are some gaps and deficiencies in the existing Company Law of China about provisions of the civil liabilities of promoters, such as the definition of the promoters, the responsibility for capital adequacy and the contractual liability before company established. Some are too rigid, lacking the flexibility and practicality of Common Law. Some are not specific enough, lacking the rigor and operational of Civil Law. With the deepening progress of market-oriented, the new situations will be more and more in process of establishing the company. To meet the need in the healthy development of market economy and the efficient progress in commercial activities, it is even more urgent to strengthen research in this area. This article, to start with the concept and the legal status of the promoters, by exploring the theory on civil liability of company promoters, proposes amendments on how to improve our system of civil liability of the promoters.

This article is divided into three chapters:

The first chapter is about the company promoters and the value target of their responsibilities. This chapter comparatively analyzes several different theories on concepts and the legal status of the promoters, and explores the theoretical value of civil liabilities of the promoters from equity, efficiency and order.

The second chapter is about the types of civil liabilities of the company promoters. In this chapter, according to the difference in infringement the company promoters' act is against others' right, the civil liabilities of the company promoters are divided into contractual liability and tort liability. This chapter comparatively analyzes the relevant provisions of foreign, and emphatically analyzes the responsibility for capital adequacy and the contractual liability before company established.

The third chapter is about the improving of the system of civil liabilities of the

company promoters. Based on comprehensive analysis of the previous text of the chapter, learning from foreign legislation and considering the domestic legal environment of the existence and role of system, the last part of the chapter proposes amendments on how to improve our system of civil liability of the promoters.

Key words: Legal Status ;Tort Liability ;Contractual Liability

厦门大学博硕士论文摘要库

目 录

引 言.....	1
第一章 公司发起人及其责任的价值目标.....	2
第一节 发起人及其法律地位.....	2
一、公司发起人的概念.....	2
二、发起人的法律地位.....	4
第二节 发起人责任的价值目标.....	5
一、发起人的民事责任及其特点.....	5
二、发起人民事责任的价值目标.....	7
第二章 公司发起人的民事责任类型.....	11
第一节 发起人的契约责任.....	11
一、内部契约责任——出资违约责任.....	11
二、外部契约责任——先公司合同责任.....	14
第二节 发起人的侵权责任.....	18
一、资本充实责任.....	19
二、对公司的损害赔偿 responsibility.....	21
三、对第三人的损害赔偿 responsibility.....	21
第三章 我国公司发起人民事责任制度的完善.....	23
第一节 现行《公司法》对发起人民事责任的规定.....	23
第二节 相关立法的缺陷及其完善.....	24
一、关于发起人的概念.....	24
二、关于资本充实责任.....	25
三、关于先公司合同责任.....	25
四、关于损害赔偿 responsibility.....	25

结论.....	27
---------	----

参考文献	28
------------	----

厦门大学博硕士论文摘要库

CONTENTS

Preface.....	1
Chapter 1 The Value Aims of Company Promoters and Their Liabilities.....	2
Subchapter 1 Promoters and Their Legal Position	2
Section 1 The Definition.....	2
Section 2 The Legal Position	4
Subchapter 2 The Value Aims of Promoters' Liabilities	5
Section 1 Civil Liabilities and Features	5
Section 2 The Value Aims of Liabilities.....	7
Chapter2 Types of Civil Liabilities of Company Promoters	11
Subchapter 1 Contract Liabilities	11
Section 1 Inner Contract Liabilities—Investment Breach of Contract Liabilities	11
Section 2 External Contract Liabilities—Former Company Contract Liabilities..	14
Subchapter 2 Tort liabilities	18
Section 1 Capital Enrichment	19
Section 2 Damages to the Company	21
Section 3 Damages to the Third Party	21
Chapter 3 Improvements of civil liabilities system of company promoters.....	23
Subchapter 1 The Regulations of Present Company Law	23
Subchapter 2 Related Legislative Shortcomings and Improvements	24
Section 1 On Definition of Promoters	24
Section 2 On Capital Enrichment Liabilities	25

Section 3 On Former Company Contract Liabilities	25
Section 4 On Damages Liabilities.....	25
Conclusion	27
Bibliography	28

厦门大学博硕士论文摘要库

引 言

发起人是公司成立的三大要素之一，在公司设立过程中占有重要地位。发起人作为公司的设立者，组织、筹划公司的设立事宜，其行为与未来之公司及广大的投资者的利益息息相关。在公司设立的过程中，发起人拥有种种特权和别人无法拥有的信息优势，法律为了平衡各利益方之间的关系，防止发起人滥用权力，维护交易安全和社会经济秩序，对发起人的行为进行必要的规制是必须的。

现代市场经济不仅注重商事活动的高效便捷发展，也注重发展的可持续性和健康性。公司发起人的民事责任制度，是商事活动健康发展的制度保障。各国公司法关于发起人民事责任制度的规定不尽相同，大陆法系国家更强调规则的严谨性和可操作性，英美法系国家侧重的则是规则的实用性和灵活性。我国《公司法》及最新的《公司法司法解释三》关于我国发起人的民事责任制度规定，总体上还不适应我国商事活动和市场经济的有序高效发展，还存在一定的法律空白和缺陷，给司法实践带来很大的困扰，有必要加强这一领域的研究。文章通过比较各国发起人民事责任制度，从理论基础入手，多角度解构发起人的民事责任体系，对完善我国发起人民事责任制度提出建设性意见。

第一章 公司发起人及其责任的价值目标

第一节 发起人及其法律地位

一、公司发起人的概念

（一）公司发起人概念的不同学说

公司的发起人，在不同的国家有不同的规定。目前，关于公司发起人的概念，理论上存在形式说、实质说和结合说三种不同的学说。形式说认为，只要在公司章程上签名的人就是公司的发起人。实质说认为，只要参与公司设立的谋划，为公司的设立尽力的人就是公司的发起人，至于是否在公司章程上签名在所不问。结合说认为，发起人不但要在公司章程上签名，还要有实际参与公司设立的行为。

在中国台湾地区和日本、德国等主要大陆法系国家，发起人主要是指制定公司章程，在公司设立过程中承担筹办事务并认购公司股份的人，一般采纳形式说主义。德国《股份公司法》第28条规定：“确定章程的股东为发起人。”第29条规定：“发起人应认购公司的全部股份。”《日本公司法》第26条第1款规定：“在设立股份有限公司时，须由发起人作成章程，并由全体成员在章程上签名或记名按印。”台湾地区的《公司法》第129条规定：“发起人应以全体的统一订立章程还要在章程上签名盖章。”

与大陆法系不同的是，英美法系公司发起人的概念用的是实质说。美国各州的公司法通常规定：（1）发起人是公司的创办者和缔造者，他们通常是一批独具慧眼的企业家。（2）发起人是指那些单独或联合他人负责完成公司的注册和组建的人。（3）发起人还包括了那些为了公司设立而为公司物色能为公司带来财力、物理、智力对象的人。（4）发起人还指那些为公司在设立过程中，签订必要合同的当事人。^①在英国，判例、学说和公司法实践表明，发起人就是指为设立公司之目的，采取一切必要之措施和步

^① 刘刚仿,赵奇志.公司发起人法律制度研究[M].北京:对外经济贸易出版社,2006.2-3.

骤而使公司成立，和随后参与公司资本发行的人。也就是说，发起人仅仅是筹办公司设立的人，不要求必须在公司章程上签名，但也不是所有筹备的人都是发起人。发起人不包括以专业身份参与公司设立的律师和会计师等。此外，发起人不必然成为成立后公司的股东。

在我国，最高人民法院关于适用《中华人民共和国公司法》若干问题的规定（三）（以下简称《公司法司法解释三》）第 1 条对发起人概念明确和直接的进行了界定：“为设立公司而签署公司章程、向公司认购出资或者股份并履行公司设立职责的人，应当认定为公司的发起人，包括有限责任公司设立时的股东。”可见，我国发起人概念采纳的是结合说主义。

（二）不同学说的比较分析

实质说比较符合英美法系实用主义的特点，但不适合我国。实质说是和英美法系法律的灵活性与法官较大的自由裁量权相一致的，而我国法官的自由裁量权比较有限，法律更追求的是法律的可操作性。因此，虽然实质说能更好的保护债权人的权益，但是不适合我国的国情。形式说最大的优点就是法律关系明晰，责任主体明确，但是不利于对债权人的保护。一些实质性参加公司设立活动的主体，就因为没有在公司章程上签字而不能界定为发起人，善意第三人就不能要求其承担发起人的民事责任，显然不公平。这样不利于保护善意第三人的合法权益，一些人很可能因此利用法律的缺陷而行欺诈第三人利益之举，不利于维护交易安全 and 市场秩序，所以不宜单独适用。结合说表面看来似乎综合了实质说和形式说的优点，其实它的缺陷更明显。如此严格的界定，大大缩小了发起人的范围，既要求实质性参与公司设立的活动，又要求在章程上签字，其更不利于对第三人利益的保护和交易安全的维护。笔者认为我国应该采纳形式说概念，同时引进日本的拟制发起人制度理念，这样既保留了形式说的优点，发起人范围明确，法律关系明晰。同时兼顾了实质说的优点，能够更好的保护第三人利益，有效防止了规避法律责任行为的出现。

二、发起人的法律地位

（一）发起人法律地位的不同学说

探讨发起人的民事责任问题之前，我们应首先明确发起人的法律地位，因为责任来源于其所承担的义务，而义务又来源于其所处的法律地位。关于公司设立过程中发起人的法律地位问题，理论界众说纷纭，主要有以下六种学说：^①（1）无因管理说。该说认为，发起人与公司之间的关系属于一种无因管理，在公司成立后，其行为结果基于无因管理关系，由公司承受。（2）为第三人利益契约说。该说认为发起人是为第三人利益而与他人进行一系列行为，属于为第三人的契约，而将要成立的公司就是第三人。

（3）设立中公司机关说。该说认为，公司在其有效成立前为无民事行为能力之社团，发起人就是设立中公司的机关。（4）当然继承说。该说认为发起人行为所产生的权利义务由成立后的公司当然继承。（5）代理说。该说认为发起人属于未来成立公司的代理人，其设立行为所产生的权利义务关系转移该成立后的公司。（6）二元说。该说为我国学者崔勤之提出，认为就发起人作为个人而言是发起人合伙中的成员，就发起人作为整体而言是设立中公司的机关。

（二）不同学说的比较分析

对于无因管理说，法理要求管理人无法律上的义务，即管理人对事务的管理没有约定义务或法定义务，而发起人的行为通常是基于公司章程的约定或法律的直接规定。此外，无因管理的法理价值在于弘扬社会美德，所以在一般情况下不得请求报酬，而发起人基于自己的行为可请求劳动报酬的。因此不能用无因管理说解释发起人的法律地位。对于为第三人利益契约说，法理要求为第三人契约，合同只能使第三人受益而不能使其负担义务。但发起人的行为后果不仅包括为第三人的权利，也含有义务。同时，为第三人合同，需要受益人意思表示才能确定。如果第三人不愿受益，则合同自始不存在。而发起人的行为，在权利义务概括转移与公司的时候，

^① 有的学者还提出归属说，如台湾学者梁宇贤在其著作《公司法论》中认为发起人在设立公司时，因为必要行为而取得权利或者负担义务者，此权利或义务在法律上当然归属于成立后的公司。因其过于武断且很少有人赞同，故未列入。

公司不得为不受益的意思。这些都与为第三人利益契约的法理不符合，所以也无法解释发起人的法律地位。对于设立中公司机关说，因为其不能解释为什么在公司设立失败时其责任由发起人承担的问题，因此也不妥。对于当然继承说，就如郑玉波学者所问：“设立行为的效果，为什么当然由公司继承呢？”^①因此，当然继承说也无法解释发起人的法律地位。对于代理说，设立中公司作为一种特殊的组织形态，没有取得法人资格。那么，在没有本人存在的前提下怎么能够通过代理人签订合同呢？没有本人的代理行为显然是荒谬的，在不存在本人事实情况下代理人的行为后果只能由代理人自己来承担。所以，代理说亦不能解释发起人的法律地位。笔者认为赞同二元说。基于设立中公司组织形态的特殊性和发起人的合伙属性，从合伙人单个意义上表明其法律地位是合伙关系，从合伙人整体意义上表明其法律地位是设立中公司机关。也就是说，在公司设立过程中进行具体行为的发起人，既是合伙事务的执行人，又是代表公司成为设立中公司事务的执行人。综上，我们可以看到，一方面由于发起人作为个人在设立中公司具有法律地位，另一方面也说明了发起人在设立中公司只具有有限的人格。

第二节 发起人责任的价值目标

一、发起人的民事责任及其特点

发起人的民事责任是指发起人在公司设立过程中因其设立行为，依据民法及公司法、证券法等，对公司设立中的其他各方利益主体，基于平等民事主体之间的法律关系而承担的以损害赔偿为主要内容的救济性责任。公司健全人格的形成主要取决和依赖于发起人的创设活动，因此发起人不仅要对自己违反出资义务的行为承担法律责任，还要对公司资本的充足与可靠承担责任。发起人责任是平衡发起人与公司、债权人三者之间利益的有力推手。一般来说，一定的权利是和一定的责任相对应的。发起人在设立过程中享有诸多的权利和处在优越的地位，决定了其要承担与之对

^① 郑玉波.公司法[M].台湾:三民书局股份有限公司,1996.86-86.

应的责任。不管从发起人与成立后公司的关系看，还是从发起人与认股人、债权人的关系看，其都处在主动的地位，掌握更多的特权和信息优势，法律规定发起人责任正是为了平衡不同主体间的利益关系。公司设立是一系列法律关系所构成的体系，围绕发起人这个行为主体，有契约关系，也有侵权关系，还有公司法所特有的股份认购和股款缴纳等关系。与此相对应，发起人责任是与之相关的一系列责任类型所组成的复杂体系，具有其独特性。

第一，在责任主体上，对发起人的概念采用概括性概念和具体化概念交叉运用，不同的场合有不同的含义。^①有时，发起人是指全体发起人，此时发起人作为一个整体对外部承担责任。有时是指具体的发起人个人，此时发起人作为合伙中的一员对其行为承担责任或是对其他发起人承担连带责任。当然，有时也指部分发起人。

第二，在规则原则上，既有过错责任原则，又有无过错责任原则，还有连带责任原则。无过错责任原则的基本思想并不在于对行为人的行为的非难，而在于对这些损害的合理分配，亦即“分配正义”，而不像过错责任原则那样对“反社会性”行为予以制裁。^②其中，连带责任和无过错原则是基于公司法和证券法的特别规定，对发起人科以较重的责任。至于连带责任，是因为发起人是以设立中公司机关的形式开展活动的，而设立中的公司为无民事行为能力组织，基于无行为能力组织成员之间对该组织的债务承担无过错连带责任的原则，发起人之间对设立行为也应承担连带责任。当然，与设立行为无关而以设立中公司的名义而为的纯个人行为不应当承担连带责任。

第三，在责任性质上，主要以民事责任最为重要。这是由于公司法在本质上是公法与私法兼有，以私法为主的法律，是经济法律的组成部分，故公司的发起人的行为效果主要适用私法意思自治和损害赔偿等民法原则。但同时，为了社会和公共利益，公司法又必须对发起人的行为进行公法上的规制，以引导发起人的发起行为与国家和社会的公共利益相一致，并对违反行为规则者进行相应的制裁。在民事责任中有违反普通民事法的，

^① 梁上上.股份有限公司发起人责任研究[A].王保树.商事法论文集(2)[C].北京:法律出版社,1997.486.

^② 王泽鉴.民法学说与判例研究(2) [M].北京:中国政法大学出版社,1998.162.

Degree papers are in the "[Xiamen University Electronic Theses and Dissertations Database](#)". Full texts are available in the following ways:

1. If your library is a CALIS member libraries, please log on <http://etd.calis.edu.cn/> and submit requests online, or consult the interlibrary loan department in your library.
2. For users of non-CALIS member libraries, please mail to etd@xmu.edu.cn for delivery details.

厦门大学博硕士论文摘要库